

RESEARCH OUTPUTS / RÉSULTATS DE RECHERCHE

Les obligations imposées par le droit européen des télécommunications aux opérateurs qui ont une puissance significative sur le marché

Bondroit, Marie-Eve; Laurent, Caroline

Published in:
Revue Ubiquité - Droit des Technologies de l'Information

Publication date:
1999

Document Version
le PDF de l'éditeur

[Link to publication](#)

Citation for pulished version (HARVARD):
Bondroit, M-E & Laurent, C 1999, 'Les obligations imposées par le droit européen des télécommunications aux opérateurs qui ont une puissance significative sur le marché', *Revue Ubiquité - Droit des Technologies de l'Information*, numéro 3, pp. 29-46.

General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal ?

Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

Les obligations imposées par le droit européen des télécommunications aux opérateurs qui ont une puissance significative sur le marché

Marie-Eve Bondroit¹ et Caroline Laurent²

Abstract

An organisation is presumed to have *Significant Market Power* (SMP) when it holds more than a 25 % share of the relevant market. The ONP Directives impose additional obligations on these organisations, relative to information, provision of services, tariffing and accountancy. New entrants are thus protected from economic abuses by the incumbents (still having SMP). There are many reasons (transparency, user protection...) which explain these rules, but the ultimate goal is to create harmonized and competitive market. Considering that this objective is currently far from being reached, we insist on the need to maintain these obligations in the short-term.

Résumé

En règle générale, un organisme est présumé disposer d'une puissance significative lorsqu'il détient une part au moins égale à 25 % du marché de référence. Cet *organisme puissant* se voit alors imposer, par les différentes directives ONP, certaines obligations en matière d'information, de prestation de services, de tarification et de comptabilité. Les nouveaux entrants sur le marché se trouvent dès lors protégés des abus de puissance économique des opérateurs historiques (qui appartiennent encore actuellement à la catégorie des organismes puissants). Les principes sous-jacents à ces règles spécifiques aux puissants sont nombreux (transparence, protection des utilisateurs,...), mais le but ultime reste la mise en œuvre d'un marché des télécommunications harmonisé et concurrentiel. Cet objectif étant loin d'être atteint actuellement, nous concluons en insistant sur la nécessité du maintien à court terme de ces obligations.

Introduction

Depuis le lancement du processus de libéralisation totale du marché des télécommunications, est apparue en droit européen la notion d'*organisme puissant* ou *organisme ayant une puissance significative sur le marché*, dans laquelle on retrouve actuellement les anciens monopoles nationaux.

Ces organismes font l'objet de certaines obligations dans le cadre des directives ONP. Le but de notre article est précisément de reprendre ces obligations et de justifier leur existence.

Dans un premier point, nous développerons d'une manière exhaustive cette notion d'organisme puissant. Nous aborderons ensuite le thème central de notre contribution, en l'occurrence les obligations qu'impose le droit européen à ces puissants. Pour étudier ces dispositions de manière adéquate, nous les avons classées en trois catégories, à savoir les

¹ Diplômée du DGTIC 98-99, assistante à la faculté de Droit et au DGTIC (FUNDP, Namur).

² Diplômée du DGTIC 98-99

Nous tenons à remercier vivement Jean-Marie Cheffert et Robert Queck pour leurs précieux commentaires et conseils.

obligations en matière d'information, les obligations en matière de prestation de services et les obligations en matière de tarification et de comptabilité.

1. La notion d'organisme puissant sur le marché

1.1. L'origine de la notion

Dans le secteur des télécommunications, l'enjeu de la réglementation européenne a toujours été double³. Le premier enjeu était d'assurer une efficacité économique maximale du secteur et ainsi rendre davantage compétitive l'économie européenne en général (puisque les services de télécommunications servent de support aux autres activités économiques). D'autre part, il fallait veiller à ce que les objectifs d'intérêt général soient garantis.

En vue de réaliser ces objectifs, l'Union Européenne a décidé de libéraliser, partiellement dans un premier temps, entièrement ensuite, le secteur des télécommunications. Parmi les bénéfices attendus de l'ouverture du marché à la concurrence, on note, en effet, la multiplication et la diversification des services de télécommunication, la baisse des prix, la croissance de la consommation et le dynamisme accru du côté de l'offre (par l'innovation technique et l'investissement)⁴.

Cependant, pour rendre la concurrence effective et pour créer un marché unique, il était nécessaire d'harmoniser les conditions (d'accès au marché, par exemple) et normes en vigueur dans les différents Etats membres. Des directives axées sur l'harmonisation⁵ sont donc venues contrebalancer les directives de libéralisation⁶. Ces directives « harmonisation » contiennent, par ailleurs, des mesures de sauvegarde (service universel) là où le législateur a estimé que le marché ne pourrait, seul, réaliser certains objectifs sociaux ou politiques.

Les mesures relatives à la fourniture d'un réseau ouvert (*Open Network Provision* ou ONP), qui nous occuperont dans le cadre de cet article, font partie de ce pôle « harmonisation » de la réglementation européenne. La directive 90/387, dite « ONP – Cadre »⁷, mise en œuvre dans des directives et recommandations spécifiques à des types de secteurs (lignes louées, téléphonie vocale,...), concernait l'harmonisation des conditions d'accès et d'utilisation des réseaux et services publics de télécommunications afin de garantir aux prestataires de services ouverts à la concurrence un accès ouvert, efficace et égal à ces réseaux ou services, et ainsi créer une concurrence loyale (sur un marché unique).

Ce « vieil ONP » a été par la suite adapté⁸ au nouveau contexte mis en place par la directive 96/19 du 16 mars 1996, qui fixait la date du 1^{er} janvier 1998 pour la libéralisation complète du

³ J.E de COCKBORNE, « La libéralisation du marché des télécommunications en Europe », *J.T. droit européen*, n°44, décembre 1997, P. 217.

⁴ MINISTERE DELEGUE A LA POSTE, AUX TELECOMMUNICATIONS ET A L'ESPACE, « Rapport du Groupe d'Expertise Economique sur l'Interconnexion et le Financement du Service Universel dans le Secteur des Télécommunications », *J.T. droit européen*, n°44, décembre 1997, p.14.

⁵ Prises sur base de l'article 95 du traité de Rome (anciennement art. 100 A).

⁶ Prises sur base de l'article 86 du traité de Rome (anciennement art. 90).

⁷ Dir. (CEE) n°90/387 du Conseil, du 28 juin 1990, relative à l'établissement du marché intérieur des services de télécommunications par la mise en œuvre de la fourniture d'un réseau ouvert de télécommunications (dite « directive ONP – Cadre »), *J.O.*, n° L 192/1 du 24 juillet 1990.

⁸ Dir. (CE) n°97/51 du Parlement Européen et du Conseil, du 6 octobre 1997, modifiant les directives (CEE) n° 90/387 et n° 92/44 en vue de les adapter à un environnement concurrentiel dans le secteur des télécommunications, (dite « directive ONP – Amendement »), *J.O.*, n° L 295/23 du 29 octobre 1997.

secteur des télécommunications. Le nouvel environnement ONP vise à garantir un service universel et des services minimaux, prévoit la séparation des fonctions de réglementation et d'exploitation et s'attache à réunir les conditions nécessaires pour que se développe rapidement une concurrence saine sur le marché des télécommunications. Une intervention se justifie à ce niveau, dans la mesure où, malgré la suppression des monopoles de droit, certains opérateurs (les anciens *organismes de télécommunication*⁹, i.e. les anciens monopoles publics) détiennent encore d'importantes parts de marché. Leur position encore très forte provient de leur pouvoir au moment de l'abrogation de leur monopole, compte tenu de leurs réseaux très développés et de leur présence sur les différents marchés de télécommunication pendant de nombreuses générations.

C'est ici que l'on voit apparaître en droit communautaire la notion d'*organisme puissant* ou *organisme ayant une puissance significative sur le marché*, dans laquelle se retrouvent actuellement les opérateurs historiques. Les directives 92/44, dite « ONP – Lignes louées »¹⁰, 97/33, dite « ONP – Interconnexion »¹¹ et 98/10, dite « ONP – Téléphonie vocale et service universel »¹² prévoient pour eux des obligations supplémentaires pour éviter qu'ils faussent la concurrence naissante en imposant, par exemple, des tarifs d'interconnexion (à leur réseau) trop élevés à leurs concurrents sur le marché des services, pour qui l'interconnexion au réseau de l'opérateur en place représente souvent une condition nécessaire à l'entrée sur le marché.

Remarquons que le droit de la concurrence continue à s'appliquer dans le secteur des télécommunications, indépendamment des dispositions des directives ONP. La Commission insiste d'ailleurs sur le rapport de complémentarité entre les deux approches¹³. Quoiqu'il en soit, selon la DG XIII, il faut s'attendre à ce que la réglementation du secteur s'appuie de plus en plus sur le droit de la concurrence, au fur et à mesure où la concurrence se développera dans le marché des télécommunications¹⁴. Il faudra alors s'interroger sur la nécessité de maintenir un corps de règle propre à ce secteur.

⁹ La directive 90/388/CEE, en son article 1, définit les organismes de télécommunications comme des « entités publiques ou privées - y compris leurs filiales contrôlées - auxquelles un Etat membre octroie des droits spéciaux ou exclusifs pour l'établissement de réseaux publics de télécommunications et, le cas échéant, la fourniture de services de télécommunications » (Dir. (CEE) n°90/388 de la Commission, du 28 juin 1990, relative à la concurrence dans les marchés des services de télécommunications (dite « directive services »), *J.O.*, n° L 192/10 du 24 juillet 1990).

¹⁰ Dir. (CEE) n° 92/44 du Conseil, du 5 juin 1992, relative à l'application de la fourniture d'un réseau ouvert aux lignes louées, (dite « directive ONP – Lignes louées »), *J.O.C.E.*, n° L 165/27 du 19 juin 1992, telle que modifiée par la directive (CE) n°97/51 du Parlement Européen et du Conseil, du 6 octobre 1997, modifiant les directives (CEE) n° 90/387 et n° 92/44, en vue de les adapter à un environnement concurrentiel dans le secteur des télécommunications, (dite « directive ONP – Amendement »), *J.O.*, n° L 295/23 du 29 octobre 1997, et par la Décision (CE) n° 98/80 de la Commission, du 7 janvier 1998, modifiant l'annexe II de la directive (CEE) n° 92/44 du Conseil, *J.O.*, n° L 14/27 du 20 janvier 1998.

¹¹ Dir. (C.E.) n° 97/33 du Parlement européen et du Conseil, du 30 juin 1997, relative à l'interconnexion dans le secteur des télécommunications en vue d'assurer un service universel et l'interopérabilité par l'application des principes de fourniture d'un réseau ouvert (ONP), (dite « directive ONP- Interconnexion »), *J.O.C.E.*, n° L 199/32 du 26 juill. 1997, telle que modifiée par la directive (CE) n° 98/61, du Parlement européen et du Conseil, du 24 septembre 1998, modifiant la directive (CE) n° 97/33, pour ce qui concerne la portabilité du numéro et la présélection de l'opérateur, *J.O.C.E.*, n° L 268/37 du 3 octobre 1998.

¹² Dir. (C.E.) n° 98/10 du Parlement européen et du Conseil, du 26 février 1998, concernant l'application de la fourniture d'un réseau ouvert (ONP) à la téléphonie vocale et l'établissement d'un service universel des télécommunications dans un environnement concurrentiel (dite « directive ONP- Téléphonie vocale et service universel »), *J.O.C.E.*, n° L 101/24 du 1^{er} avril 1998.

¹³ EUROPEAN COMMISSION (DG XIII), *DG XIII Discussion Document – The 1999 Review : regulatory principles*, 21 May 1999, <http://www.ispo.cec.be/infosoc/telecompolicy/en/comm-en.htm> (Miscellaneous documents), p. 6.

¹⁴ EUROPEAN COMMISSION (DG XIII), op. cit., 21 May 1999, p. 6.

1.2. La détermination de la puissance d'un opérateur

Un organisme est réputé être « puissant sur le marché » lorsqu'il détient une part au moins égale à 25 % du marché de référence.

A la lecture de cette définition générale, deux critères sont nécessaires pour déterminer la puissance d'un opérateur : le marché de référence et la part détenue sur celui-ci.

A. Le marché de référence

Le marché de référence représente le cadre à l'intérieur duquel il faut évaluer la puissance des opérateurs. Deux aspects doivent être combinés pour la détermination du « marché » : les produits et l'étendue géographique. Notons que, contrairement au droit de la concurrence (où le marché de référence pour évaluer une position dominante est défini au cas par cas), le marché pertinent est défini ex-ante dans les différentes directives ONP étudiées ici.

Dans les termes de la directive 92/44, dite « ONP - Lignes louées », le marché de référence est défini comme étant « le marché des lignes louées en question d'un Etat membre », dont l'évaluation sera faite « sur la base du (des) type(s) de ligne(s) offert(s) dans une zone géographique particulière. Celle-ci peut couvrir tout ou partie du territoire d'un Etat membre » (art. 2.3).

En ce qui concerne les produits, la directive 97/33 paraît moins explicite, puisqu'elle ne fait référence qu'à un « marché donné des télécommunications ». Le marché en question est, de plus, différent selon les obligations imposées aux opérateurs. Le lecteur doit, dès lors, être attentif aux annexes I et II de la directive visée: le marché en question est, en effet, soit celui des services et/ou des réseaux téléphoniques publics fixes, soit celui des services de lignes louées, soit celui des services et/ou des réseaux téléphoniques publics mobiles, soit encore celui du marché national de l'interconnexion. De son côté, la directive 98/10 expose précisément ce qu'elle entend par « organisme puissant sur le marché ». L'article 2.2.i) qualifie de tel « un organisme autorisé à fournir, dans un Etat membre, des réseaux téléphoniques publics fixes et/ou des services de téléphonie vocale [publics fixes et publics mobiles], désigné comme tel par la directive et notifié à la commission ».

Du point de vue géographique, les directives 97/33 et 98/10 sont unanimes sur les termes utilisés : la puissance d'un organisme se mesure « dans une zone géographique d'un Etat membre au sein *duquel* il est autorisé à exercer ses activités ». A ce propos, remarquons que la version française reflète mal la volonté du législateur selon laquelle l'évaluation de la puissance d'un organisme doit être faite dans la zone géographique dans laquelle il est autorisé à exercer ses activités¹⁵. Il devrait dès lors suffire à un opérateur, possédant 25 % de parts de marché sur une zone, d'avoir une autorisation portant sur cette même zone (et non nécessairement sur l'ensemble du pays) pour être déclaré puissant.

En conclusion, soulignons qu'il faudra, dès lors que l'on mentionne la notion d'organisme puissant, se reporter à chaque fois à la directive concernée en l'espèce pour savoir sur quel

¹⁵ Voy. EUROPEAN COMMISSION (DG XIII), *Determination of Organisations with Significant Market Power (SMP) for implementation of the ONP Directives*, 1st March 1999, <http://www.ispo.cec.be/infosoc/telecompolicy/en/comm-en.htm> (Miscellaneous documents), p.11.

marché en question l'organisme détient une puissance significative. Pour plus de facilité, nous évoquerons, dans la suite, *le marché concerné* sans distinction aucune.

B. La mesure de la part de marché

En suite de la définition du marché pertinent, il convient de déterminer *la mesure de la part de marché*. Soulignons qu'à cet effet, on se référera généralement aux principes applicables en droit de la concurrence sauf lorsqu'une directive ONP en dispose autrement.

L'un des facteurs utilisés pour mesurer le pouvoir de marché d'une entreprise est constitué « par les ventes **qui lui sont attribuables**, exprimées en pourcentage des ventes totales sur le marché des services substituables sur le territoire géographique en cause »^{16 17}. D'autres facteurs peuvent être pris en compte tels que le chiffre d'affaires (par rapport à la taille du marché) engendré par la vente de services substituables, à l'exclusion de la vente ou de l'usage interne de services d'interconnexion et de la vente ou de l'usage interne d'infrastructures locales, les conditions de concurrence et la structure de l'offre et de la demande sur le marché¹⁸. Sur le marché de l'accès aux infrastructures, le pouvoir de marché d'une entreprise sera aussi mesuré en partie sur la base du nombre d'abonnés qui sont connectés à des points de terminaison du réseau de télécommunications de l'entreprise en question, exprimé en pourcentage du nombre total d'abonnés connectés à des points de terminaison sur le territoire géographique en cause¹⁹.

La Commission a récemment rappelé²⁰ que si plusieurs paramètres peuvent être utilisés pour mesurer la part de marché, ils doivent être choisis « en vue d'encourager la concurrence et ne doivent pas être disproportionnés ou avoir des effets discriminatoires sur d'autres opérateurs particuliers ». C'est, remarque-t-elle, aux autorités réglementaires nationales (ARN) de décider des paramètres qui conviennent le mieux.

1.3. Le rôle des ARN dans l'appréciation de la puissance

Une présomption de puissance est attachée au détenteur de part de 25% ou plus d'un marché en cause. Mais sur base d'autres facteurs objectifs²¹ (tels que la capacité de l'organisme à influencer les conditions du marché, son chiffre d'affaires par rapport à la taille du marché, le

¹⁶ Communication de la Commission relative à l'application des règles de concurrence aux accords d'accès dans le secteur des télécommunications – Cadre général, marchés en cause et principes, *J.O.C.E.*, n° C 265/2 du 22 août 1998, point 70.

¹⁷ Les ventes en volume et en valeur sont une information utile. La Commission a d'ailleurs précisé à ce propos qu'« en présence de produits différenciés, on considère souvent que les ventes en valeur et la part de marché correspondante donnent une meilleure idée de la position et de la puissance relative de chaque fournisseur », Communication de la Commission, op. cit., *J.O.C.E.*, n° 97/C 372/03 du 9 décembre 1997, point 55.

¹⁸ En sus de ces facteurs généraux, des paramètres spécifiques aux types de produits peuvent entrer en ligne de compte dans la mesure des parts du marché spécifique en question, tels que, par exemple, pour le marché des lignes louées : le revenu des lignes louées, la capacité louée, le nombre de points de terminaison des lignes louées, ... ; pour le marché de la « téléphonie vocale » : les *retail revenues*, les minutes d'appel ou le nombre de lignes fixes de téléphone, ... ou encore, pour le marché de l'interconnexion : les revenus pour la terminaison d'appel vers les clients de réseaux fixes, les revenus pour la terminaison d'appel vers les clients de réseaux mobiles, ... Voy., pour une appréciation de ces paramètres, EUROPEAN COMMISSION (DG XIII), op. cit., 1st March 1999, p.4 – 9.

¹⁹ Communication de la Commission, op. cit., *J.O.C.E.*, n° C 265/2 du 22 août 1998, point 72.

²⁰ EUROPEAN COMMISSION (DG XIII), op. cit., 1st March 1999, p.3.

²¹ Remarquons que la directive 97/33 mentionne, en son considérant 6, un critère non prévu par les autres directives, à savoir « les liens internationaux » qu'ont les organismes.

contrôle qu'il exerce sur les moyens d'accès à l'utilisateur final, des facilités d'accès aux ressources financières, ainsi que son expérience dans la fourniture de produits et de services sur le marché), les autorités réglementaires nationales peuvent décider qu'un organisme ne détenant pas 25% des parts sur un marché de référence est puissant ou à l'inverse, qu'un organisme détenant plus de 25% ne l'est pas. Cette possibilité laissée aux ARN pose la délicate question du respect de la « proportionnalité » lors de la prise de décision. Quid, en effet, d'un organisme qui ne serait pas notifié comme puissant bien que détenant 90% des parts d'un marché donné ?

Ce pouvoir de décision est accordé aux autorités réglementaires nationales car ce sont elles qui doivent, conformément aux directives²², notifier à la Commission le nom des organismes étant puissants sur un marché déterminé et, éventuellement, à la demande de la Commission, la justification des raisons du classement et des décisions prises. Cette justification permet notamment de parer au risque de non-proportionnalité, évoqué ci-dessus. Publication de ces noms au Journal officiel des Communautés européennes est ensuite faite par la Commission.

2. Les obligations imposées aux puissants

Ayant désormais la notion d'organisme puissant bien à l'esprit, nous pouvons maintenant aborder les obligations que les directives ONP imposent spécifiquement à ceux-ci, et qui « vont au-delà de ce qui pourrait normalement être imposé sur base de l'article 86 [(nouvel art.82)] »²³. Ces obligations peuvent être éventuellement imposées aux opérateurs concernés par le biais de licences individuelles, sur base de l'article 7.1 de la directive 97/13, dite « Directive – licences »²⁴.

Afin de traiter les obligations des organismes puissants de façon la plus pertinente possible, une classification thématique s'impose. En effet, certains axes de conduite guident les 3 directives déjà étudiées ci-dessus, à savoir la directive 92/44 « ONP - Lignes louées », la directive 97/33 « ONP - Interconnexion » et la directive 98/10 « ONP - Téléphonie vocale et service universel ». Ces axes justificatifs sont principalement les principes de transparence, de non-discrimination, de proportionnalité, de concurrence loyale,... Rappelons aussi qu'il faudra rester attentif au champ d'application de chaque obligation, en respect du marché en cause.

Notons encore la particularité des obligations de la directive « ONP- lignes louées » qui sont, en principe, imposées seulement aux opérateurs puissants sur le marché, à moins qu'aucun n'ait une telle puissance significative, auquel cas un autre opérateur en serait imposé, l'obligation de couverture géographique nationale devant être remplie. La directive ne parle dès lors pas d'organisme puissant sur le marché mais bien *d'organisme notifié conformément à l'article 11 paragraphe 1 bis*, que nous noterons dorénavant « *organisme notifié (...)* ».

2.1. Les obligations en matière d'information

²² Directive 97/33 « ONP – Interconnexion », article 18.2 ; directive 92/44 « ONP – Lignes louées », article 11.1bis. La directive 98/10 requiert, quant à elle, que cette notification à la Commission se fasse, non par les autorités réglementaires nationales, mais bien par les Etats membres eux-mêmes (art. 25).

²³ J.E. de COCKBORNE, *J.T. droit européen*, n°44, décembre 1997, op. cit., p.219.

²⁴ Dir. (C.E.) n° 97/13, du Parlement européen et du Conseil, du 10 avril 1997, relative à un cadre commun pour les autorisations générales et les licences individuelles dans le secteur des services de télécommunications (dite « Directive Licences »), *J.O.C.E.*, n° L 117/15 du 7 mai 1997.

Le droit européen impose aux organismes de télécommunications puissants sur le marché concerné de fournir certaines des informations qu'ils détiennent aux autres acteurs de ce marché.

En particulier, selon la directive 92/44 « ONP - Lignes louées », en son article 3.1, il incombe aux *organismes notifiés* (...) de publier « des informations concernant les offres de lignes louées (et éventuellement les modifications et offres nouvelles) et relatives aux caractéristiques techniques, aux tarifs, aux conditions d'utilisation, aux exigences en matière d'octroi de licences et de déclaration, ainsi qu'aux conditions de connexion de l'équipement terminal ».

Dans le même ordre d'idées, la directive 97/33 « ONP – Interconnexion » prévoit que les ARN veillent à ce que les puissants sur le marché des réseaux téléphoniques publics fixes et/ou des services de lignes louées ou des services de téléphonie vocale fixe publient une *offre d'interconnexion de référence*. Cette offre de référence décrit d'un point de vue technique et tarifaire les éléments de l'offre, les conditions et modalités correspondantes. Les organismes peuvent prévoir différentes offres selon les différentes catégories de réseaux et/ou services (art. 7.3)²⁵. Ces différences ne doivent cependant pas mener à des distorsions de concurrence : en particulier, le puissant doit respecter le principe de non-discrimination prévu à l'article 6 a)²⁶. Cette même directive impose également aux puissants sur le marché des réseaux téléphoniques publics (fixes et/ou mobile) et/ou des services de lignes louées ou des services de téléphonie vocale (fixe et/ou mobile) de rendre disponibles, sur demande, toutes les informations et spécifications nécessaires pour les organismes envisageant l'interconnexion (art. 6.b), de communiquer les accords d'interconnexion aux autorités réglementaires nationales compétentes et de les mettre à disposition des parties intéressées sur demande²⁷, « à l'exception des passages qui traitent de la stratégie commerciale des parties » (art.6.c), et de respecter la confidentialité des informations provenant d'un organisme sollicitant l'interconnexion (art. 6.d).

Enfin, la directive 98/10 « ONP - Téléphonie vocale et service universel » exige que les ARN veillent à ce que les puissants conservent « des informations à jour concernant les résultats obtenus [en termes de qualité de service] au regard des indicateurs, définitions et méthodes de mesures établis à l'annexe III » (art.12.2).

Ces obligations en matière d'information sont, bien entendu, justifiées par le principe de **transparence**. On le sait, la détention asymétrique de l'information mène à des optimums sociaux inefficaces. Il est donc tout à fait légitime, si l'on désire réunir les conditions de concurrence parfaite, d'exiger des détenteurs de l'information qu'ils partagent celle-ci. L'information est d'autant plus importante que dans le cas de l'interconnexion, par exemple, elle est souvent une condition nécessaire à l'entrée même des concurrents. Ceux-ci doivent, en effet, connaître les caractéristiques techniques que doit remplir leur réseau pour s'interconnecter à celui de l'opérateur historique, et ainsi atteindre la grande majorité de leurs clients potentiels. De leur côté, les opérateurs puissants ont tout intérêt à ne pas révéler leurs informations pour empêcher l'entrée de concurrents. Plus qu'une exigence pour faire régner la

²⁵ L'ARN peut imposer des modifications à l'offre d'interconnexion de référence, pour autant qu'elles soient justifiées (Directive 97/33 « ONP – Interconnexion », art. 7.3 §3).

²⁶ Directive 97/33 « ONP – Interconnexion », art. 7.3 §2.

²⁷ « Ces dispositions garantissent une publicité adéquate des accords et permettent à l'ARN de prendre, le cas échéant, les mesures nécessaires pour garantir une concurrence effective sur le marché » (Communication de la Commission, op.cit., *J.O.C.E.*, n° C 265/2 du 22 août 1998, point 36).

concurrence *parfaite*, l'information représente, dans ce cas, une condition d'existence de la concurrence (même imparfaite).

2.2. Obligations en matière de « prestation » de services

Ce thème général peut encore être subdivisé en trois catégories, en l'occurrence l'« accès aux services et aux réseaux », la « fourniture » de services et la « continuité » dans la fourniture de services.

A. Obligations des puissants en matière d'« accès aux services et aux réseaux²⁸ »

Pour que la concurrence puisse se développer sur le marché des services, l'accès au réseau doit être rendu possible : le nouveau prestataire doit, en effet, pouvoir accéder à certaines infrastructures clés (telles que les points de terminaison du réseau de télécommunication auxquels les utilisateurs sont connectés) pour matériellement fournir un service en question. Dans le cas où l'opérateur entrant possède sa propre infrastructure, l'accès au réseau de l'opérateur en place se justifie encore, de par le fait que la reconstruction de certaines parties du réseau, telle la boucle locale, est très coûteuse. Pour toucher ses clients, le nouvel opérateur doit donc utiliser le réseau de l'ancien titulaire du monopole²⁹, car sans cette infrastructure, il lui est impossible non seulement d'être compétitif, mais encore d'exercer ses activités. Nous retrouvons ici une notion du droit de la concurrence, celle d'*installation essentielle* (dans la littérature, on parlera davantage de « facilité essentielle ») qui désigne « des installations ou des infrastructures indispensables pour assurer la liaison avec les clients et /ou permettre à des concurrents d'exercer leurs activités, et qu'il serait impossible de reproduire par moyens raisonnables »³⁰. L'accès au réseau est en outre nécessaire si l'on veut permettre aux clients du nouvel opérateur de communiquer avec un plus grand nombre d'utilisateurs. Enfin, il est utile également de favoriser l'accès au réseau dans le cadre d'un des objectifs clés du pôle harmonisation de la réglementation européenne, à savoir la création d'un marché unique des télécommunications.

Favoriser l'accès au réseau existant est donc plus qu'un simple souhait, c'est une nécessité pour arriver à une concurrence effective ; à ce niveau, l'interconnexion est une solution parmi d'autres (cfr. le dégroupement de la boucle locale). Ainsi la Commission reconnaît-elle que « l'interconnexion au réseau de l'opérateur en place est essentielle pour que les nouveaux arrivants puissent accéder à la base des utilisateurs des télécommunications qui existe dans un marché national »³¹. La directive 97/33 « ONP – Interconnexion » mentionne, également, dans son deuxième considérant, qu'« un cadre général d'interconnexion aux réseaux publics de télécommunications et aux services de télécommunications accessibles au public est nécessaire en vue d'assurer l'interopérabilité des services de bout en bout pour les utilisateurs communautaires » et donc que « des conditions équitables, proportionnelles et non-discriminatoires d'interconnexion et d'interopérabilité sont des facteurs clés pour favoriser le développement des marchés ouverts et compétitifs ». En son cinquième considérant, elle

²⁸ Remarquons que cette notion d'« accès », éclectique, vise tant la disponibilité de lignes louées, qui permettent à un prestataire de services de constituer son propre réseau, que l'interconnexion au sens strict.

²⁹ J.E de COCKBORNE, op.cit, *J.T. droit européen*, n°44, décembre 1997.

³⁰ Communication de la Commission, op.cit, *J.O.C.E.*, n° C 265/2 du 22 août 1998, point 68 ; en droit de la concurrence, celui qui contrôle une installation essentielle détient une position dominante au sens de l'article 82 (anciennement art. 86) du Traité de Rome.

³¹ Recommandation (C.E.) n° C(98) 50 de la Commission, du 8 janvier 1998, relative à l'interconnexion dans un marché des télécommunications libéralisé (Première partie – Tarification de l'interconnexion), disponible sur <http://www.ispo.cec.be/infosoc/telecompolicy/en/harmony.htm>, Exposé des motifs, p. 4.

soulève également que dépendent de cette interopérabilité *le bien-être social et économique* des utilisateurs communautaires.

Les obligations imposées aux puissants se justifient donc notamment par le biais de ces considérations de « concurrence loyale » et d'intérêt général. Certains articles en sont des exemples frappants, tels que l'article 6 de la directive 92/44 lignes louées (art. 6.1 al.1 *Pas de restriction de l'accès aux lignes louées et de leur utilisation sans intervention de l'ARN (imposée par voie réglementaire)* ; art. 6.1 al.2 *Aucune introduction ou maintien de restriction technique pour l'interconnexion de lignes louées entre elles, ni pour l'interconnexion des lignes louées et des réseaux publics de télécommunications*) ; ou encore l'article 4.2 de la directive 97/33 « ONP- Interconnexion » (*Obligation de répondre à toutes les demandes raisonnables de connexion au réseau, notamment l'accès à des points autres que les points de terminaison du réseau offerts à la majorité des utilisateurs finals*).

La même logique sous-tend également d'autres obligations telles que celles des articles 12.7 de la directive 97/33 « ONP - interconnexion » (obligeant les organismes puissants sur le marché des réseaux et/ou des services téléphoniques publics fixes de *permettre à leurs abonnés, y compris ceux utilisant le RNIS, d'accéder aux services commutés de tout prestataire interconnecté de services de télécommunications accessibles au public* (présélection du transporteur)) ou 16.1 de la directive 98/10 « Téléphonie vocale et service universel » (imposant aux organismes puissants sur le marché pour la fourniture de réseaux téléphoniques publics fixes de *traiter les demandes raisonnables des organismes prestataires de services de télécommunication souhaitant obtenir l'accès au réseau téléphonique public fixe en d'autres points de terminaison que ceux habituellement prévus*)³².

Plusieurs recours³³ sont ouverts au prestataire de service qui serait face à un problème d'accès tel que, par exemple, le refus injustifié de fournir (ou de fournir à des conditions raisonnables) une ligne louée dont ce prestataire a besoin pour fournir des services à ses clients.

D'autres dispositions imposent aux organismes puissants le respect du principe de non-discrimination. Ainsi, l'article 8.2 de la directive 92/44 « lignes louées » indique clairement que les ARN doivent veiller à ce que les *organismes notifiés* (...) « respectent le principe de non-discrimination lorsqu'ils fournissent des lignes louées » ; la même syntaxe a été utilisée lors de la rédaction de l'article 16.7 de la directive 98/10 « ONP - Téléphonie vocale et service universel » où il est également prévu que ce soit les ARN qui « *veillent à ce que les organismes puissants sur le marché (...) respectent le principe de non-discrimination lorsqu'ils utilisent le réseau téléphonique public fixe et toute forme d'accès spécial au réseau en particulier, pour la fourniture de services de télécommunications accessibles au public* ». Par contre, l'article 6.a de la directive 97/33 « ONP- Interconnexion » mentionne, lui, que ce sont les Etats membres qui doivent veiller à ce que « *les organismes concernés adhèrent au principe de non-discrimination en ce qui concerne l'interconnexion offerte aux autres* ».

Ce principe de non-discrimination vise l'égalité de traitement en vue, à nouveau, d'aboutir à une concurrence effective. Cette égalité de traitement entre organismes impose donc à ceux qui ont une puissance significative sur le marché en question (lignes louées, interconnexion, réseaux téléphoniques publics fixes) d'appliquer des *conditions similaires (équivalentes) dans des circonstances similaires (équivalentes) aux organismes fournissant des services* (fourniture de lignes louées, organismes interconnectés) *similaires (équivalents) et de fournir*

³² Cette obligation est visée par la directive sous le titre d' « accès spécial au réseau ».

³³ Voy. à ce sujet la communication de la Commission, op. cit., *J.O.C.E.*, n° C 265/2 du 22 août 1998, point 11.

des informations et services (fourniture de lignes louées, fourniture de moyens et informations en matière d'interconnexion, fourniture d'accès spéciaux au réseau) *aux autres organismes en offrant les mêmes conditions et la même qualité que pour leurs propres services ou pour ceux de leurs filiales ou associés (partenaires)*. En d'autres termes, l'organisme puissant ne peut retirer un avantage anormal des conditions de fourniture de ces lignes.

B. Obligations des puissants en matière de « fourniture » de services

D'une part, la directive 92/44 « ONP – Lignes louées » prévoit, en son article 7.1, l'obligation de fourniture d'un ensemble minimal de lignes louées conformes aux caractéristiques techniques harmonisées.

Selon J. E. de COCKBORNE³⁴, cette obligation illustrerait un objectif typique des mesures ONP de la première génération, à savoir la disponibilité à travers l'Union européenne d'un ensemble minimum de lignes louées analogiques et numériques d'une certaine capacité. De plus, la location de lignes étant un des moyens par lesquels les entrants peuvent utiliser le réseau existant pour exercer leurs activités, l'obligation d'offrir un ensemble minimal de ces lignes est sans conteste un moyen de favoriser la mise en place d'une concurrence saine sur le marché.

D'autre part, l'article 15 de la directive 98/10 « ONP - Téléphonie vocale et service universel » obligent les puissants, sous réserve de faisabilité technique et de viabilité économique, à la fourniture de certains compléments de services, repris dans son annexe I, deuxième partie, tels que l'identification de la ligne d'appel, la sélection directe à l'arrivée ou le renvoi automatique d'appel.

C. Obligations des puissants en matière de « continuité » dans la fourniture de services

La directive qui, selon nous, reprend le plus d'obligations pour les organismes puissants en cette matière, est la directive 92/44 « lignes louées ».

L'article 5 prescrit le maintien des offres pendant un délai raisonnable, sous surveillance des Etats membres, à moins que les utilisateurs concernés ne soient consultés.

L'article 6.3 a, al.3 impose, quant à lui, de « mettre tout en œuvre pour garantir le maintien du service à tous les utilisateurs en cas de situation d'urgence » ainsi que de notifier le début et la fin de la période d'urgence, de la nature et de la portée des restrictions temporaires de service. Dans le même ordre d'idée, les informations que doit publier *l'organisme notifié (...)* en vertu de l'article 3 (cfr. *supra*) comprennent notamment son « temps de réparation type » (art. 4).

L'article 6.4 al.3 impose aux *organismes notifiés (...)* d'informer immédiatement l'utilisateur en cas d'interruption de la fourniture de la ligne louée pour non-conformité de l'équipement terminal, ainsi que d'en donner les raisons. Cette interruption ne peut être poursuivie à partir du moment où l'utilisateur a fait en sorte de déconnecter l'équipement terminal non – conforme du point de terminaison du réseau.

Enfin, l'article 8.1 prévoit que les mesures telles que le refus de fournir une ligne louée, l'interruption de la fourniture d'une ligne louée ou la réduction de la disponibilité des

³⁴ J.E. de Cockborne, op. cit, *J.T. droit européen*, n°44, décembre 1997, p. 223.

fonctions de lignes louées pour des raisons de non-respect présumé des conditions d'utilisation par les utilisateurs des lignes louées, lorsqu'elles sont prises par des *organismes notifiés* (...), fassent l'objet d'une décision (autorisation ou refus) motivée par l'ARN, suivant des procédures (transparentes) fixées par celle-ci. La directive 98/10 « ONP – Téléphonie vocale et service universel » prévoit les mêmes types de procédures devant être fixées par les ARN dans les cas où des puissants prennent des mesures telles que l'interruption, la résiliation, la modification significative ou la mise à disposition restreinte de services, du moins aux organismes fournisseurs de réseaux et/ou de services de télécommunications (art. 8.1).

Notons encore que cette dernière directive (« ONP – Téléphonie vocale et service universel ») impose aux puissants de garantir une certaine continuité dans la *tarification* de leurs services : l'article 17.5 stipule, en effet, que les modifications de leurs tarifs ne sont mises en vigueur qu'après une période adéquate de préavis au public, période fixée par l'ARN.

Ces obligations se justifient au regard notamment du bien - être social et économique des utilisateurs ou encore de la protection des consommateurs (c'est clairement le cas pour l'article 17.5 de la directive « ONP – Téléphonie vocale et service universel »). Concernant les lignes louées, rappelons que l'accès à ces infrastructures (et, partant, la continuité dans la fourniture de cette infrastructure) est essentiel dans un environnement s'ouvrant à la concurrence. Ainsi, en vertu des articles 6.1 et 6.2 de la directive 92/44 « ONP – Lignes louées » combinés, le refus d'accès aux lignes louées offertes par un *organisme notifié* (...) ne peut être opposé qu'en raison de l'invocation d'exigences essentielles définies, à l'article 2§6 de la directive 90/387 « ONP – cadre », comme « des raisons d'intérêt général et de nature non - économique (...) ». Ces raisons sont la sécurité de fonctionnement du réseau, le maintien de son intégrité, et dans le cas où elles sont justifiées, l'interopérabilité des services, la protection des données... ». Une restriction à l'accès de ces lignes louées créerait des dommages aux utilisateurs, qu'ils soient eux-mêmes opérateurs ou non. Il est donc indispensable qu'une sorte de service minimum, telle que la mise en œuvre de tous les moyens pour garantir le maintien du service en cas de situation d'urgence, soit fourni aux utilisateurs. Cette situation d'urgence³⁵ vise, dans ce contexte, « les cas exceptionnels de force majeure, tels que conditions météorologiques extrêmes, tremblements de terre, inondations, foudre ou incendies ».

2.3. Les obligations en matière de tarification et de comptabilité

Les principes qui guident actuellement la politique communautaire en matière de tarification sont ceux déjà énoncés dans la directive 90/387 « ONP – Cadre », à savoir l'orientation en fonction des coûts, le dégroupement, la non-discrimination et la transparence³⁶. Les différentes directives ONP qui la mettent en œuvre (les directives « ONP – Lignes louées », « ONP – Téléphonie vocale et service universel », et « ONP – Interconnexion ») ont, par la suite, assigné certaines obligations spécifiques aux organismes puissants sur le marché, en matière de tarification et de comptabilité. Remarquons d'emblée qu'en général, la directive 97/33 « Interconnexion » n'impose ces obligations qu'aux puissants sur le marché des réseaux téléphoniques publics fixes et/ou des services de lignes louées ou des services de téléphonie vocale fixe. Les puissants sur le marché des services et/ou des réseaux téléphoniques publics

³⁵ Directive 92/44 "ONP – Lignes louées" article 6.3.a) alinéa 2.

³⁶ J. SCHERER & T. BARTSCH, « Telecommunication Law and Policy of the European Union », in SCHERER, J., (ed.), *Telecommunication Laws in Europe*, 4th edition, London – Edinburgh – Dublin, Butterworths, 1998, p.35.

mobiles soit ne sont pas visés par ces mesures, soit ne sont, de facto, pas concernés par celles-ci³⁷. L'on peut, d'ailleurs, se demander ce qui justifie ce régime de faveur accordé aux opérateurs de téléphonie mobile³⁸. La seule raison que l'on peut invoquer est que, dans le cadre des objectifs de cette directive (i.e. faire en sorte que les entrants puissent s'interconnecter avec le réseau de l'opérateur en place, pour toucher le maximum de clients potentiels et rendre leurs services intéressants pour ces derniers), c'était par rapport au secteur de la téléphonie fixe qu'il fallait agir prioritairement, ses réseaux étant les plus développés.

A. Les obligations imposées aux puissants par les directives ONP

A.1. Les obligations en matière de tarification

Premièrement, les tarifs des lignes louées, les redevances d'interconnexion et les tarifs d'utilisation du réseau et des services téléphoniques publics fixes doivent être **orientés en fonction des coûts** s'ils sont mis en place par des organismes puissants³⁹. Selon la directive « ONP – Téléphonie vocale et service universel », il faut également que les tarifs soient indépendants du type d'application mise en œuvre par l'utilisateur, sauf si le type d'application requiert des services ou compléments de services différents⁴⁰. Cette disposition nous semble redondante, dans la mesure où la condition sera toujours respectée si les tarifs sont orientés en fonction des coûts.

La directive 97/33 « ONP – Interconnexion » prévoit en outre que la charge de la preuve que les redevances suivent le principe d'orientation en fonction des coûts repose sur l'opérateur fournissant l'interconnexion ; les puissants peuvent également être tenus de justifier intégralement leurs redevances à l'ARN, qui a de plus le pouvoir d'exiger leur adaptation⁴¹. Notons aussi qu'en vertu de l'article 3 de la directive 92/44 « ONP – Lignes louées », les Etats membres peuvent déroger au principe d'orientation en fonction des coûts, pour maintenir un prix abordable, dans le cadre des objectifs de service universel.

Les directives « ONP – Lignes louées » et « ONP – Interconnexion » rappellent de plus que les tarifs et redevances doivent respecter le principe de **transparence**⁴².

Le principe d'orientation des tarifs en fonction des coûts, selon lequel « le prix facturé pour la prestation d'un service doit refléter le coût qu'entraîne la fourniture de ce service »⁴³, est imposé aux puissants en vue de créer une concurrence équitable sur le marché malgré l'inégalité qui y règne entre les différents opérateurs. L'obligation d'orienter ses tarifs en

³⁷ L'article 7.2 de la directive 97/33 « ONP – Interconnexion » prévoit l'obligation de transparence et d'orientation en fonction des coûts des redevances d'interconnexion également pour les organismes de réseaux et/ou de services publics de téléphonie mobile, « qui ont été notifiés comme étant puissants sur le marché national de l'interconnexion ». Les opérateurs de téléphonie mobile doivent donc être puissants sur le marché total de la téléphonie (mobile et fixe), ce qui, même pour un opérateur historique actif dans la téléphonie mobile, est difficilement réalisable.

³⁸ La commission a, de plus, confirmé sa position : voy. Le Procès verbal du Parlement Européen, par. 2-122, du 10 juin 1997, p. 48 (cité dans la recommandation (C.E.) n° C(98) 50 de la Commission, op. cit., du 8 janvier 1998, Exposé des motifs, p. 13).

³⁹ Directive 92/44 « Lignes louées », art. 10.1 ; directive 97/33 « Interconnexion », art. 7.2 ; directive 98/10 « Téléphonie vocale et service universel », art. 17.2.

⁴⁰ Directive 98/10 « Téléphonie vocale et service universel », art. 17.3.

⁴¹ Directive 97/33 « Interconnexion », art. 7.2

⁴² Directive 92/44 « Lignes louées », art. 10.1 ; directive 97/33 « Interconnexion », art. 7.2.

⁴³ Recommandation (C.E.) n° C(98) 50 de la Commission, op. cit., du 8 janvier 1998, Exposé des motifs, p. 6).

fonction des coûts permet en effet, d'une part, d'éviter les prix d'éviction⁴⁴ en éliminant le phénomène de subventions croisées, par lesquelles les opérateurs financent un service moins rentable par un autre qui l'est davantage. Cette pratique de subventions croisées fausse la concurrence en procurant un avantage concurrentiel artificiel à l'opérateur (qui, en réalité, fait du *dumping*), sur le marché des services moins rentables. Dans le cadre de l'interconnexion, des redevances trop faibles auraient en outre pour effet de permettre à des opérateurs non efficaces d'entrer sur le marché⁴⁵ et de décourager l'investissement et l'innovation au niveau des réseaux. L'obligation d'orienter les tarifs en fonction des coûts permet, d'autre part, de lutter contre les prix excessifs⁴⁶ que l'opérateur puissant pourrait imposer à ses concurrents (pour la fourniture de lignes louées ou l'interconnexion, par exemple), et ainsi de lutter contre deux « effets pervers »⁴⁷ : la restriction de la concurrence par des barrières tarifaires à l'entrée et la répercussion des prix intermédiaires que payent les concurrents concernés sur les prix qu'ils proposent à l'utilisateur final⁴⁸. D. Encaoua et L. Flochel notent également que des redevances d'interconnexion trop élevées « inciteraient à un contournement inefficace de l'infrastructure en place »⁴⁹.

Deuxièmement, les directives « ONP – Interconnexion » et « ONP – Téléphonie vocale et service universel » imposent aux organismes puissants de suffisamment **dégrouper**⁵⁰ leurs tarifs et redevances⁵¹. La directive « ONP – Cadre » précise la portée de cette obligation : « Il faut notamment que les caractéristiques supplémentaires introduites pour fournir certains compléments de services spécifiques soient, en règle générale, facturés indépendamment des caractéristiques forfaitaires et du transport proprement dit »⁵².

A la base de ces mesures, on retrouve notamment le principe de transparence : le client doit savoir ce pourquoi il paie. D'autre part, l'obligation de dégroupement des tarifs se justifie aussi par le fait qu'il faille faire régner une concurrence saine sur le marché : l'utilisateur (qu'il soit un autre opérateur ou un client final) ne doit pas être forcé de payer pour des compléments de services qui ne sont pas nécessaires au service demandé⁵³ et que d'autres opérateurs pourraient offrir.

Enfin, rappelons ici que les différentes directives imposent aux puissants, en matière de tarification, le respect du principe de **non-discrimination**. Nous renvoyons ici au développement qui a été fait plus haut, sous le titre « Obligations des puissants en matière d'accès aux services et aux réseaux ».

⁴⁴ Communication de la Commission, op.cit., *J.O.C.E.*, n° C 265/2 du 22 août 1998, point 110.

⁴⁵ D. ENCAOUA & L. FLOCHEL, « La tarification : du monopole à la concurrence régulée », *L'Actualité juridique – Droit Administratif*, 20 mars 1997, P. 254 – 266, p. 261.

⁴⁶ Défini dans le point 106 de la communication de la Commission, op.cit., *J.O.C.E.*, n° C 265/2 du 22 août 1998.

⁴⁷ F. DEHOUSSE et T. ZGAJEWSKI, « Le basculement du marché belge des télécommunications dans la concurrence totale : les nouvelles perspectives ouvertes par la loi du 19 décembre 1997 », *J.T.*, n°5913, 30 janvier 1999, p.79.

⁴⁸ F. DEHOUSSE et T. ZGAJEWSKI, op. cit., *J.T.*, n°5913, 30 janvier 1999, p. 79.

⁴⁹ D. ENCAOUA & L. FLOCHEL, op. cit., *L'Actualité juridique – Droit Administratif*, 20 mars 1997, p. 261.

⁵⁰ Cette pratique est appelée communément l'*unbundling* : « a term used to describe the possibility of purchasing individual parts of the network and not whole packets prepared by the dominating provider » (A. PERRUCCI & M.CIMATORIBUS, « Competition, convergence and asymmetry in telecommunications regulation », *Telecommunications Policy*, Vol. 21, No. 6, P. 493 – 512, 1997, p. 505).

⁵¹ Directive 97/33 « ONP – Interconnexion », art. 7.4 et 7.6 ; directive 98/10 « ONP - Téléphonie vocale et Service Universel », art. 17.4.

⁵² Dir. 90/387 « ONP – Cadre », Annexe, point 3.

⁵³ F. DEHOUSSE et T. ZGAJEWSKI, op. cit., *J.T.*, n°5913, 30 janvier 1999, p. 83.

A.2. Les obligations en matière de comptabilité

Premièrement, les différentes directives ONP prévoient que les opérateurs puissants mettent en place un **système de comptabilisation des coûts approprié**⁵⁴ (à l'obligation d'orientation en fonction des coûts). L'article 7.5 §2 de la directive 97/33 « ONP – Interconnexion » prévoit en outre que « les autorités réglementaires nationales veillent à ce qu'une description du système de comptabilisation des coûts [...] soit disponible sur demande ». Les ARN doivent ensuite approuver cette description⁵⁵.

Ces mesures n'ont d'autre justification que de découler naturellement des obligations en matière de tarification, précisément de celle d'orientation en fonction des coûts.

Deuxièmement, la directive 97/33 « ONP - Interconnexion » impose aux puissants de « tenir une **comptabilité séparée** pour les activités d'interconnexion d'une part - couvrant à la fois les services d'interconnexion fournis de façon interne et les services d'interconnexion fournis à d'autres - et leurs autres activités d'autre part... » (art. 8.2).

Cette séparation est importante dans la mesure où le calcul de la part de marché et la détermination de la puissance d'un opérateur (ses 25% de part de marché) en dépendent. En effet, comme explicité ci-dessus, un des facteurs utilisé pour mesurer le pouvoir de marché d'une entreprise est constitué « par les ventes qui lui sont attribuables, exprimées en pourcentage des ventes totales... ». En conséquence, pour ne pas fausser le calcul des parts sur un marché, lorsqu'un opérateur fournit à la fois l'accès et les services, il est nécessaire de distinguer les recettes correspondant à chacun de ces marchés avant d'utiliser ces recettes comme base de calcul de la part détenue par l'entreprise sur le marché considéré⁵⁶.

Soulignons également que la directive 97/33, en son considérant 11, allègue que la séparation comptable ou la séparation structurelle sont des moyens propres à décourager les subventions croisées abusives et qu' « une séparation comptable adéquate entre les activités d'interconnexion et les autres activités en matière de télécommunications garantit la transparence des transferts internes de coût ». La séparation comptable facilite donc la vérification du respect des obligations en matière de tarification.

Cette transparence comptable imposée aux puissants est, de plus, un bel exemple d'obligations « nécessaires dans un premier temps, pour une concurrence équitable mais qui apparaîtront rapidement comme un instrument utile à une meilleure gestion interne de l'entreprise face à ses concurrents »⁵⁷.

B. Les recommandations de la Commission pour la mise en œuvre de ces obligations

B.1. Les obligations en matière de tarification

⁵⁴ Directive 92/44 « ONP - Lignes louées », art. 10.2 ; directive 97/33 « ONP – Interconnexion », art. 7.5 ; directive 98/10 « ONP - Téléphonie vocale et Service Universel », art. 18.

⁵⁵ Directive 97/33 « ONP – Interconnexion », art. 7.5 §2.

⁵⁶ Communication de la Commission, op.cit, *J.O.C.E.*, n° C 265/2 du 22 août 1998, point 71.

⁵⁷ MINISTERE DELEGUE A LA POSTE, AUX TELECOMMUNICATIONS ET A L'ESPACE, op. cit., *mimeo* avril 1996, p.10.

Les prix d'interconnexion jouant un rôle clé dans le fonctionnement du marché des télécommunications⁵⁸, puisqu'ils déterminent en grande partie la manière dont la concurrence se développe⁵⁹, les autorités européennes ont cru bon de guider les Etats membres dans la politique à appliquer en cette matière.

Ainsi, dans sa recommandation du 8 janvier 1998 (modifiée par la recommandation du 29 juillet 1998) concernant l'interconnexion dans un marché des télécommunications libéralisé (Partie 1 – Tarification de l'interconnexion), la Commission préconise l'utilisation de la méthode des « coûts différentiels prospectifs moyens à long terme »⁶⁰ dans l'estimation des tarifs pour la terminaison d'appel⁶¹ sur le réseau de l'opérateur puissant. La littérature étant pour le moins assez floue sur ce sujet, nous tenterons, ici, de définir progressivement la notion de *coût différentiel prospectif moyen à long terme*⁶².

Le *coût différentiel* ou *incrémental* d'un produit représente « le coût supplémentaire que supporterait l'opérateur s'il offrait ce produit en plus de toute la gamme des autres produits offerts »⁶³. Le coût incrémental est donc le coût relatif à une augmentation de production. Remarquons que si l'incrément vaut une unité, le coût incrémental représente le *coût marginal*⁶⁴.

Pour définir le *coût différentiel ou incrémental de long terme*, penchons nous d'abord sur la notion de *long terme* : c'est le laps de temps pendant lequel le producteur peut réallouer ses ressources pour s'adapter à un changement au niveau du volume de production⁶⁵. Le coût différentiel de long terme est ainsi calculé « dans l'hypothèse d'un dimensionnement optimal des équipements »⁶⁶.

Le *coût différentiel moyen à long terme* est obtenu en calculant la somme des coûts différentiels de long terme de tous les services d'interconnexion au réseau, et en divisant cette somme par le nombre total d'unités de mesure de ces services (de minutes, par exemple)⁶⁷.

⁵⁸ MINISTERE DELEGUE A LA POSTE, AUX TELECOMMUNICATIONS ET A L'ESPACE, op.cit., *mimeo* avril 1996, synthèse, p.4.

⁵⁹ L'accès au réseau de l'opérateur en place constituent en effet pour les entrants un « goulot d'étranglement » (WISSENSCHAFTLICHES INSTITUT FUR KOMMUNIKATIONSDIENSTE & EUROPEAN-AMERICAN CENTER FOR POLICY ANALYSIS, « Network Interconnection in the Domain of ONP », *Study for DG XIII of the European Commission - Final Report*, November 1994, op.cit., November 1994, Abstract p.5) : ils doivent donc nécessairement en supporter les coûts, quel que soit leur niveau. De plus, on constate que les redevances d'interconnexion versées à l'opérateur en place représentent un des principaux coûts (40% des dépenses concernées) à charge des nouveaux arrivants sur le marché (Recommandation (C.E.) n° C(98) 50 de la Commission, op. cit., du 8 janvier 1998, Exposé des motifs, p. 6).

⁶⁰ Recommandation (C.E.) n° 98/195 de la Commission, du 8 janvier 1998, op. cit., *J.O.C.E.*, n° L 73/42 du 12 mars 1998, Recommandation, point 3.

⁶¹ C'est-à-dire « l'acheminement d'une communication provenant d'un réseau vers son destinataire sur un autre réseau » (Recommandation (C.E.) n° C(98) 50 de la Commission, op. cit., du 8 janvier 1998, Exposé des motifs, p. 6).

⁶² En anglais : *forward looking - long run average incremental cost* (FL – LRAIC)

⁶³ D. ENCAOUA & L. FLOCHÉL, op. cit., *L'Actualité juridique – Droit Administratif*, 20 mars 1997, p. 256.

⁶⁴ Recommandation (C.E.) n° C(98) 50 de la Commission, op. cit., du 8 janvier 1998, Exposé des motifs, p. 9.

⁶⁵ Recommandation (C.E.) n° C(98) 50 de la Commission, op. cit., du 8 janvier 1998, Exposé des motifs, p. 9.

⁶⁶ MINISTERE DELEGUE A LA POSTE, AUX TELECOMMUNICATIONS ET A L'ESPACE, op.cit., *mimeo* avril 1996, synthèse, p.5.

⁶⁷ WISSENSCHAFTLICHES INSTITUT FUR KOMMUNIKATIONSDIENSTE & EUROPEAN-AMERICAN CENTER FOR POLICY ANALYSIS, op.cit., November 1994, p. 80.

Enfin, le terme *prospectif* rappelle qu'il faut utiliser, pour déterminer les coûts différentiels moyens à long terme, la « méthode prospective » : il faut donc se baser sur les coûts de remplacement plutôt que sur les coûts historiques. Le coût différentiel prospectif moyen de long terme est ainsi calculé « sur la base des meilleures technologies industriellement disponibles »⁶⁸.

Remarquons qu'en appliquant cette méthode, les frais associés et communs que supportent l'opérateur puissant ne sont pas pris en compte⁶⁹. Pour rester cohérent avec la logique exposée ci-dessus, il devrait répartir, entre tous les opérateurs (y compris lui-même), ces frais, calculés sur base des coûts de remplacement. C'est dans ce sens qu'il faut entendre le point 3 de la recommandation de la Commission préalablement citée : « Les redevances d'interconnexion basées sur ces coûts peuvent comprendre des *marges bénéficiaires* justifiées couvrant une partie des coûts associés et communs prospectifs qu'un opérateur efficace devrait supporter dans des conditions de concurrence »⁷⁰.

La méthode des coûts différentiels prospectifs moyens à long terme étant moins nébuleuse, il s'agit à présent de justifier le choix de la Commission pour cette méthode. La commission, dans la même lignée que le législateur de 1997, pour qui « les tarifs d'interconnexion fondés sur un niveau de prix étroitement lié aux coûts marginaux à long terme de la fourniture d'accès à l'interconnexion sont propres à favoriser le développement rapide d'un marché ouvert et compétitif »⁷¹, estime que cette méthode est « celle qui est la plus compatible avec un marché concurrentiel »⁷² et que les coûts différentiels prospectifs moyens à long terme sont « très proches de ceux d'un opérateur efficace utilisant la technologie moderne⁷³ ». Dans la littérature, on reconnaît à la méthode d'estimation des coûts incrémentaux prospectifs de long terme le mérite d'inciter à l'efficacité les opérateurs, puisque ces coûts sont « évalués en s'appuyant sur les prix des meilleures technologies et en supposant un dimensionnement optimal des installations »⁷⁴. Cette méthode permet également de s'écarter des tarifications basées sur les coûts historiques, qui avaient le grand désavantage, au regard des objectifs de l'ONP de favoriser le développement de la concurrence, de « protéger l'opérateur en place contre la pression effective d'un marché concurrentiel »⁷⁵.

Nul doute, donc, quant à l'efficacité de cette méthode. Cependant, la mise en œuvre se révèle extrêmement complexe⁷⁶. La preuve en est que la Commission, qui prône son utilisation,

⁶⁸ MINISTERE DELEGUE A LA POSTE, AUX TELECOMMUNICATIONS ET A L'ESPACE, op.cit., *mimeo* avril 1996, synthèse, p.5.

⁶⁹ Recommandation (C.E.) n° C(98) 50 de la Commission, op. cit., du 8 janvier 1998, Exposé des motifs, p. 9.

⁷⁰ Recommandation (C.E.) de la Commission n°98/195, du 8 janvier 1998, op. cit., *J.O.C.E.*, n° L 73/42 du 12 mars 1998, Recommandation, point 3.

⁷¹ Directive 97/33 « ONP – Interconnexion », considérant 10.

⁷² Recommandation (C.E.) de la Commission n°98/195, du 8 janvier 1998, op. cit., *J.O.C.E.*, n° L 73/42 du 12 mars 1998, Recommandation, 5^{ème} considérant.

⁷³ Recommandation (C.E.) de la Commission n°98/195, du 8 janvier 1998, op. cit., *J.O.C.E.*, n° L 73/42 du 12 mars 1998, Recommandation, point 3.

⁷⁴ MINISTERE DELEGUE A LA POSTE, AUX TELECOMMUNICATIONS ET A L'ESPACE, op.cit., *mimeo* avril 1996, p. 40.

⁷⁵ Recommandation (C.E.) n° C(98) 50 de la Commission, op. cit., du 8 janvier 1998, Exposé des motifs, note 8.

⁷⁶ Dans le rapport de l'ETO d'avril 1998, on remarque clairement le manque d'unicité au niveau des méthodes utilisées dans la pratique par les différents pays étudiés (EUROPEAN TELECOMMUNICATIONS OFFICE (ETO), « Final report on regulating operators with significant market power », *European Commission*, 15 April 1998, pp. 30-33).

fournit des redevances d'interconnexion de « meilleure pratique actuelle »⁷⁷, qu'elle recommande comme redevances d'interconnexion maximales, pour aider les ARN « dans l'évaluation des redevances d'interconnexion pour la terminaison d'appel proposées par les opérateurs notifiés, jusqu'à ce que les coûts d'interconnexion basés sur les coûts différentiels prospectifs moyens à long terme soient disponibles »⁷⁸. Les redevances fondées sur la meilleure pratique actuelle sont, en fait, calculées sur base des trois Etats membres qui proposent les redevances les moins chères⁷⁹.

B.2. Les obligations en matière de comptabilité

Pour pouvoir estimer les coûts d'interconnexion sur base de la méthode des coûts différentiels prospectifs moyens à long terme, l'opérateur a besoin d'un système de comptabilisation adéquat. La Commission recommande à ce niveau l'utilisation d'un système de comptabilisation suffisamment détaillé⁸⁰ reposant sur les coûts actuels (ou coûts de remplacement), plutôt qu'historiques⁸¹, ce qui est tout à fait cohérent avec la définition même des coûts différentiels *prospectifs* moyens à long terme (cfr. *supra*).

Les recommandations de la Commission traitent également de la séparation comptable : elle relève les principales branches d'activités entre lesquelles les opérateurs devraient décomposer leurs frais d'exploitation, leur capital engagé et leurs recettes⁸². Il s'agit des activités de réseau général, de réseau d'accès local, de vente au détail et des autres activités

CONCLUSION

Pour garantir la concurrence, il ne suffit pas de permettre l'accès au marché. Il faut aussi préserver les nouveaux entrants contre les abus de puissance économique⁸³. Dans cette optique, il a fallu imposer des obligations aux organismes puissants dans le secteur des télécommunications, au delà de celles prévues par les règles de concurrence des articles 81 et 82 du Traité de Rome (anciennement art. 85 et 86). Ce concept d'*organisme puissant*, apparu dans le contexte de la suppression des monopoles de droit, protège en effet mieux les nouveaux entrants sur le marché puisqu'il les préserve des abus de puissance économique d'un opérateur qui contrôlerait le marché sans détenir pour autant une position dominante au sens strict.

A long terme, quel sera l'avenir de ce régime spécifique aux puissants ? D'une manière générale, la pertinence des obligations imposées aux puissants dans un contexte concurrentiel nous paraît difficile à évaluer. En matière de tarification, par exemple, il est prévu

⁷⁷ Recommandation (C.E.) de la Commission n°98/195, du 8 janvier 1998, op. cit., *J.O.C.E.*, n° L 73/42 du 12 mars 1998, Recommandation, point 4.

⁷⁸ Recommandation (C.E.) de la Commission n°98/195, du 8 janvier 1998, op. cit., *J.O.C.E.*, n° L 73/42 du 12 mars 1998, Recommandation, point 4.

⁷⁹ Les redevances de meilleure pratique actuelle de la Recommandation n°98/195 du 8 janvier 1998 ont été mises à jour par la Recommandation (C.E.) n° 98/511 de la Commission, du 29 juillet 1998, modifiant la recommandation 98/195/CE concernant l'interconnexion dans un marché des télécommunications libéralisé (Partie 1 – Tarification de l'interconnexion), *J.O.C.E.*, n° L 228/30 du 15 août 1998.

⁸⁰ « pour permettre – dans la mesure du possible – l'imputation des coûts à des composants de réseaux dégroupés » (Recommandation (C.E.) n° 98/322 de la Commission, du 8 avril 1998, concernant l'interconnexion dans un marché des télécommunications libéralisé (Partie 2 – Séparation comptable et comptabilisation des coûts), *J.O.C.E.*, n° L 141/6 du 13 mai 1998, Recommandation, point 3).

⁸¹ Recommandation (C.E.) n° 98/322, *op.cit.*, du 8 avril 1998, Recommandation, 5^{ème} considérant.

⁸² Recommandation (C.E.) n° 98/322, *op.cit.*, du 8 avril 1998, Recommandation, point 2.

⁸³ F. DEHOUSSE et T. ZGAJEWSKI, op. cit., *J.T.*, n°5913, 30 janvier 1999, p. 77.

explicitement dans les directives ONP que les ARN puissent suspendre les obligations en question dans les cas où elles estimeraient qu'une concurrence réelle règne sur le marché⁸⁴. Le législateur européen présume donc que les exigences en matière de tarification (et, partant, les exigences en matière de comptabilité) seront moins nécessaires dans un marché concurrentiel. Cette thèse est défendable, dans la mesure où un des principaux effets escomptés de l'ouverture du marché consiste en la convergence des prix vers le niveau des coûts marginaux. Ce phénomène permettant la maximisation du surplus collectif, il n'est plus nécessaire d'intervenir pour réguler les prix. D'autres obligations, par contre, ne devraient pas nécessairement disparaître une fois la concurrence présente sur le marché. Nous pensons par exemple que des dispositions telles que le respect du principe de transparence, ou l'obligation d'assurer une certaine continuité dans la fourniture des services, trouveront encore leur place dans un environnement concurrentiel. Ces dispositions visant *in fine* la protection du consommateur et de l'intérêt général ne seront, en effet, peut-être pas spontanément garanties par le marché. Bien entendu, dans cette hypothèse, il faudrait étendre les obligations concernées à tous les opérateurs, puissants ou non, une réglementation asymétrique ne se justifiant plus dans un marché parfaitement concurrentiel.

A très court terme, la pertinence de certaines obligations imposées aux puissants sera discutée dans le cadre du réexamen de 1999, prévu dans les directives ONP⁸⁵. Dans la pratique, force est de constater que, malgré l'avancement de la concurrence, la puissance des opérateurs en place ne diminue pas tellement. A ce stade, nous ne pouvons que recommander le maintien des obligations imposées aux puissants. Une suppression à court terme, des obligations qui leurs sont dictées en vue de créer une concurrence effective paraît impensable, l'objectif étant loin d'être atteint.

⁸⁴ Directive 92/44 « ONP – Lignes louées », art. 10.4 al. 2 ; directive 98/10 « ONP – Téléphonie vocale et service universel », art. 17.6.

⁸⁵ Directive 90/387 « ONP – Cadre », art. 8 ; directive 92/44 « ONP – Lignes louées », art. 14 ; directive 97/13 « Directive Licences », art. 23 ; directive 97/33 « ONP – Interconnexion », art. 22 ; directive 98/10 « ONP – Téléphonie vocale et service universel », art. 31.